

### Introducción a los límites constitucionales de la autonomía privada

Joe NAVARRETE PÉREZ\*

#### RESUMEN

*El autor del presente artículo, siguiendo una línea en torno a la teoría del Derecho Privado sobre la autonomía de la voluntad, parte por aseverar que los privados tienen un poder normativo, el cual debe ser coherente con los preceptos o lineamientos fundamentales sancionados a nivel constitucional. En ese sentido, argumenta que un programa contractual podría ser inaplicable en virtud de que ha transgredido, por ejemplo, a los derechos fundamentales reconocidos en un determinado ordenamiento jurídico.*



#### MARCO NORMATIVO

Código Civil: art. 140.



**PALABRAS CLAVE:** Autonomía privada / Poder / Derechos fundamentales / Drittwirkung / Eficacia horizontal de los derechos fundamentales / Constitución

**Recibido:** 01/08/2016

**Aprobado:** 08/09/2016

#### INTRODUCCIÓN

La autonomía privada no es un poder originario o una libertad natural, sino un poder conferido por el ordenamiento jurídico a los particulares para la regulación de intereses. En dicho sentido, Ferri nos dice que “[l]a autonomía privada no es expresión de una mera licitud o facultad, sino manifestación de poder y precisamente del poder de crear, dentro de los límites establecidos por la ley, normas jurídicas”<sup>1</sup>. Por su parte, Sacco refiere que

“[l]a autonomía no inicia allá donde el sujeto puede crear reglas libremente (si libremente quiere decir ‘sin cargas’). La autonomía comienza allá donde el ordenamiento pone a disposición del sujeto uno o más procedimientos, más o menos expeditivos, más o menos fácilmente ágiles, mediante los cuales el sujeto alcanza a crear la regla jurídica”<sup>2</sup>.

Bajo lo anterior, podría decirse que el problema de la autonomía privada es ante todo un problema de límites. Dichos límites son siempre el reflejo de normas jurídicas, en un sentido amplio, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse, salvo que se quiera identificar la autonomía privada con la libertad natural o moral del hombre, visión de la que no participo. En tal sentido, la autonomía privada encuentra un conjunto de límites al momento de que es ejercitada por los particulares.

\* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Finanzas y Derecho Corporativo por la Universidad ESAN. Asociado de Payet, Rey, Cauvi & Pérez Abogados.

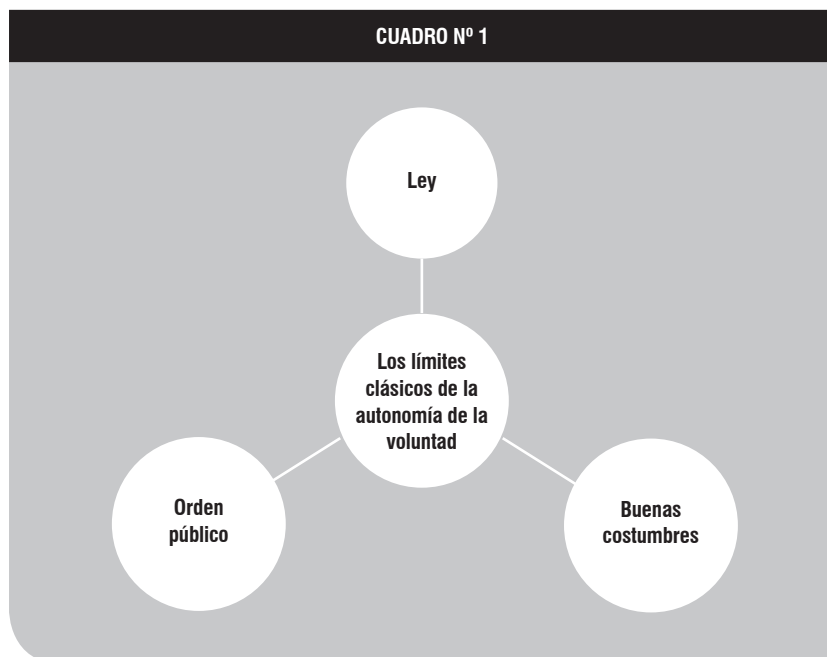
1 FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, p. 8.

2 SACCO, Rodolfo & CISIANO, Paola. “Il Fatto, L’atto, Il Negozio”. En: SACCO, Rodolfo (director). *Trattato di Diritto Civile*. UTET Giuridica, Turín, 2005, p. 106.

Los referidos límites, en su acepción **clásica**, están constituidos por la ley, el orden público y las buenas costumbres. Es decir, por el parámetro general de la licitud. Junto con aquel parámetro general de licitud se instala uno nuevo, al cual podríamos llamar el parámetro de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada.

El parámetro de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada se manifiesta por excelencia a través de la denominada *Drittwirkung der Grundrechte* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales<sup>3</sup>.

La autonomía privada no es un poder ilimitado, sino que esta, y su ejercicio, es regulada por el Derecho. Las normas que establecen los límites de la autonomía están representadas, principalmente, por aquellas que, según un ordenamiento jurídico determinado, sirven para identificar qué tipo de actos, negocios y/o contratos son vinculantes hacia o entre las partes, tanto a nivel de la validez de los mismos como de su eficacia. Dentro de esta clase de normas, las más evidentes son aquellas referidas a los denominados requisitos de validez del “acto jurídico”. En nuestro ordenamiento jurídico dichos



requisitos se encuentran regulados en el artículo 140 del Código Civil, el cual establece como “requisitos de validez” del “acto jurídico”:

a) agente capaz; b) objeto física y jurídicamente posible; c) fin lícito; y; d) observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Un aspecto de suma importancia que no debemos olvidar es que los límites de la autonomía privada siempre estarán sujetos al sistema

político y económico imperante en una sociedad determinada (respecto del tiempo, espacio y contexto). Por ello, la autonomía privada (y sus límites), como todo fenómeno jurídico, no puede ni debe ser conceptualizada como un ente abstracto e inmutable, sino que a fin de conocer sus alcances (y correspondientes límites) es indispensable considerar la autonomía negocial en el marco de un determinado sistema de relaciones sociales y económicas<sup>4</sup>.

3 “Los derechos fundamentales responden, en el sistema constitucional español al igual que en los otros ordenamientos, a una pluralidad de sentidos, de tal modo que bien puede hablarse de un triple carácter de los mismos. En primer lugar (...) son ante todo, derechos subjetivos, pero también derechos universales (...).

En segundo lugar, (...) son presupuesto y contenido necesario de ese sistema de gobierno, (...) son fundamento del orden político y de la paz social.

En tercer lugar, (...) son expresión de la constitución de la sociedad o, si se prefiere, de la sociedad constituida (...) son instituciones básicas de una sociedad de la que, presuponiéndola, surge el Estado. Esta comprensión de los derechos fundamentales como expresión de los derechos fundamentales como expresión de formas de poder social, sobre la que acaso se ha insistido en menos medida, es importante a la hora de abordar los problemas tales como el conflicto ente derechos o la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares” (CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, Año XXXIII, N° 97, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, enero-abril de 2000, pp. 68 y 69).

4 Conforme, entre otros, BETTI, Emilio. *Teoría General del negocio jurídico*. Comares, Granada, 2000; BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción del negocio jurídico”. En: *Teoría general del negocio jurídico. Estudios fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara, Lima, 2001, p. 38; BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*. Tomo I, Vol. 2, reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995, p. 609.

Dependiendo del sistema jurídico y político en el que sea otorgado el poder normativo se contará con más o menos límites de la autonomía o dichos límites tendrán una u otra configuración<sup>5</sup>.

## I. LA LICITUD

### 1. Las normas imperativas

Uno de los elementos del parámetro general de la licitud de los actos de autonomía privada está representado por las normas imperativas. Al respecto, existe un consenso en que dichas normas encuentran su justificación en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico desea proteger (i) a alguna parte en específico de la relación jurídica o (ii) a los terceros<sup>6</sup>. La primera justificación gira en torno al paternalismo (es decir a que las partes, o una de aquellas, no puede decidir en un supuesto específico lo que más le conviene derivado de su menor capacidad económica, ignorancia, etc.). La segunda en torno a las externalidades (es decir a que los intervinientes en el acto de autonomía privada estarían creando externalidades negativas frente a terceros no soportando todo el costo social que su accionar implica).

En atención a lo anterior, las normas imperativas se consideran normas de derecho necesario sin posibilidad

de que las partes pacten en contra de aquellas. Todo acto de autonomía privada contrario al mismo debería acarrear la nulidad del acto en sí mismo o, en el mejor de los casos, en atención al principio de conservación del negocio jurídico, la nulidad de determinada estipulación.

Es evidente que la protección a una de las partes o a terceros, no debería implicar en ningún momento una intromisión ilegítima en el accionar del privado, debiéndose en cada caso examinarse la razonabilidad de la limitación impuesta. En palabras de Massimo Bianca “[l]a libertad negocial permanece de cualquier modo un valor constitucional y sus limitaciones deben ser socialmente justificadas resolviéndose en la lesión de un derecho fundamental de la persona”<sup>7</sup>.

### 2. El orden público

En palabras de Scognamiglio, “[e]l orden público consiste en el conjunto de principios inmanentes en el ordenamiento jurídico que, de acuerdo a su espíritu y a las finalidades que persigue, deben ser considerados en una determinada época histórica como fundamentales e inderogables”<sup>8</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, el orden público no solo comprende principios jurídicos sino también sociales, que sirven para la organización de la sociedad.

A mayor abundamiento, tal como relata Espinoza, “el orden público está compuesto por los principios (no solo jurídicos, sino sociales, económicos, morales, entre otros) sobre los cuales se basa la organización y estructura de la sociedad”<sup>9</sup>.

Si bien se verán posteriormente como un apartado diferente, no me cabe duda de que hoy por hoy los derechos fundamentales pertenecen al orden público, al ser parte de los principios que rigen nuestra sociedad, en su vertiente objetiva, y que tienen un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico.

### 3. Las buenas costumbres

Las buenas costumbres son aquellas conductas usuales en la convivencia social en un tiempo y lugar determinados que se presentan en la conciencia del “hombre medio” como buenas. Esta referencia del hombre medio se hace en relación de la mayoría de hombres de la comunidad.

La moral es la encargada de estudiar la bondad o la maldad de las conductas, por ello considero que la expresión “contraria a las buenas costumbres” es semejante a “inmorales”. Aquí debe tenerse en cuenta también que no debemos identificar a las buenas costumbres o a la moral desde su aspecto “sexual”

5 Ha mostrado su preocupación por la regulación (o la falta de la misma) de los límites a la autonomía privada en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, DONATO BUSNELLI, Francesco. “La carta europea de los derechos fundamentales y la autonomía privada”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 95-102.

6 AYRES, Ian y GERTNER, Robert. “Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias”. En: *Themis*. N° 47, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003, p. 196.

7 BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il Contratto*. Giuffrè, Milán, 1998, p. 32.

8 SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, p. 170.

9 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.

sino como un todo, es decir como aquellas conductas que a la luz de un tiempo y lugar determinados son consideradas como intolerables por ser contrarias a la moral imperante.

## II. LA CONSTITUCIONALIDAD COMO LÍMITE DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

### 1. Derecho Privado y Derecho Constitucional

Hay que decir, en principio, que no conozco Constitución alguna a nivel mundial que hable de la autonomía privada como un derecho fundamental. En algunos casos, como el peruano, la “fundamentación” de la autonomía privada se ha hecho a través de la libertad contractual, la cual consta en algunos textos constitucionales, mientras que en otros la “fundamentación” de dicha libertad ha sido realizada por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales. Este último, por ejemplo, es el caso de Alemania, en el que al no existir una garantía expresa de la libertad contractual, a diferencia del viejo artículo 152.1 de la Constitución de Weimar, la misma ha sido derivada no de la libertad contractual sino del derecho al “libre desarrollo de la personalidad”<sup>10</sup>.

Existen un conjunto de intereses y valores que promueve el Estado (Social de Derecho), los cuales, al considerarse como superiores a los de los privados, se manifiestan como límites de la actuación de la autonomía privada. En dicho sentido, “mientras más intensa sea la presencia de los Poderes públicos en la vida de la sociedad, y con mayor intención conformadora de esta, la autonomía privada resultará más reducida y constreñida; precisamente por ello es que las referencias constitucionales son imprescindibles para entender la extensión de dicha autonomía, no solo desde un punto de vista positivo, en cuanto delimitan lo que los particulares pueden autorreglamentar, sino también desde un punto de vista negativo, porque indican también límites que aquellos Poderes públicos no pueden sobrepasar”<sup>11</sup>.

Hoy por hoy, ninguno de los forjadores jurídicos del Derecho Privado puede desconocer la importancia y la necesaria vinculación que debe existir frente al Derecho Constitucional. “Al Derecho Privado, que hasta ahora determinaba en solitario la configuración de las relaciones jurídicas y la decisión de

los conflictos jurídicos, se le sobrepone otro orden jurídico; este tiene incluso primacía sobre él, si bien consiste solo en principios jurídicos, además de escasos, muy amplios y frecuentemente indeterminados, cuyo significado para el caso concreto será de más difícil determinación que el correspondiente a las normas pertinentes del Derecho Privado: la claridad y la certeza jurídicas, necesarias justamente para el tráfico jurídico-privado, resultan afectadas de modo no irrelevante”<sup>12</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) el principio de autonomía de la voluntad no debe ser entendido de manera absoluta, sino dentro de los valores y principios constitucionales (...)”<sup>13</sup>. Al respecto, no cabe duda de que los derechos fundamentales de los privados forman parte de dichos valores y principios constitucionales, aquello debido al reconocimiento de los derechos fundamentales no solo como situaciones jurídicas subjetivas sino también como valores de carácter objetivo que se manifiestan a largo de todo el ordenamiento jurídico (el llamado efecto irradiación)<sup>14</sup>. Tal como se ha señalado

10 HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995, p. 55.

11 LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. “El Estado social y sujeto privado: Una reflexión finisecular”. En: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. N° 25, Giuffrè, Milán, 1996, p. 436.

12 HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995, pp. 59-60.

13 STC Exp. N° 06167-2005-PHC/TC.

14 “Los derechos fundamentales de la *Grundgesetz* tienen un doble contenido constitucional. De un lado, presentan un ‘aspecto’ de derecho individual; son ‘derechos de la persona’. Titulares de los derechos fundamentales son, según la naturaleza del derecho fundamental en cuestión, ora individuos, ora, al lado de estos, grupos como coaliciones, asociaciones y sindicatos.

De otro lado, están caracterizados por un ‘aspecto institucional’ (*institutionelleseite*). Ellos representan la garantía constitucional de esferas de vida reguladas y organizadas según principios de libertad, que, a causa de su significado objetivo-institucional, no se dejan enclaustrar en el esquema libertad individual-límite a la libertad individual, se rebelan a la relación individuo-Estado y no se dejan fundar sobre el solo individuo” (HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, pp. 163 y 164).

Asimismo, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado (en la STC Exp. N° 03741-2004-AA/TC) que “en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado –**eficacia vertical**– como de los particulares –**eficacia horizontal**–; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no solo de un derecho subjetivo individual –**dimensión subjetiva**–, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora –**dimensión objetiva**–”.

“[d]esde esta perspectiva surge la discusión sobre la *Drittwirkung*, pues no parecía lógico que unos derechos que se funden en la dignidad humana, y que se sitúan en la base de toda comunidad humana, limitaran su eficacia a las relaciones individuo-Estado; deberían también, por el contrario, plena vigencia en las relaciones entre particulares”<sup>15</sup>.

En el referido sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado<sup>16</sup> lo siguiente:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38 de la Constitución, ‘[t]odos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)’. Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no solo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquellas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales.

En consecuencia, cualquier acto proveniente de una persona natural o persona jurídica de derecho privado, que pretenda conculcar o desconocerlos, como el caso del acto cuestionado en el presente proceso, resulta inexorablemente inconstitucional”.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado<sup>17</sup>:

“10. Pero el **efecto horizontal o *inter privatos*** que detentan los derechos fundamentales no solo se deriva del artículo 38 de la Constitución, sino también del principio dignidad (artículos 1 y 3 de la Constitución), en cuanto el valor central de la persona impone que sus derechos fundamentales proyecten también su efecto regulador al ámbito de la sociedad y de la propia autonomía privada.

11. La dignidad de la persona trae así consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se negaría el valor normativo del mismo principio de dignidad. En consecuencia, los derechos fundamentales vinculan, detentan fuerza regulatoria en las relaciones

jurídicas de derecho privado, lo cual implica que las normas estatutarias de las entidades privadas, y los actos de sus órganos deben guardar plena conformidad con la Constitución y, en particular, con los derechos fundamentales”.

## 2. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales

El profesor Alvaro Águila-Real nos recuerda que “[e]n su formulación inicial, debida a Nipperdey, la eficacia entre particulares de los derechos fundamentales se concebía como una garantía limitada en un doble sentido: subjetivamente, solo debía operar en las relaciones sociales estructuralmente desiguales, esto es, entre individuos y ‘poderes (privados) sociales’; objetivamente, solo algunos derechos tenían *Drittwirkung*, fundamentalmente, el derecho a no ser discriminado y la libertad de expresión”<sup>18</sup>.

Ahora bien, al respecto debe indicarse que la referida eficacia de los derechos fundamentales tiene dos vertientes doctrinarias. La primera, denominada **eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales**, en las relaciones entre los privados señala que estos son exigibles de manera directa uno frente a los otros en casos de violación. La segunda vertiente, denominada **eficacia indirecta o mediata de los derechos fundamentales**, señala que los derechos fundamentales

15 DE DOMINGO, Tomás. “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 7, N° 11, 2002, p. 253.

16 STC Exp. N° 01124-2001-AA/TC.

17 STC Exp. N° 05215-2007-PA/TC.

18 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 46, N° 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 59.

son exigibles entre privados siempre que haya mediado la intervención de un poder público en la violación de determinado derecho.

Ahora bien, el examen de la existencia de determinada vertiente en uno u otro ordenamiento dependerá de la concreta regulación establecida en la Constitución de cada país. Por ejemplo, en Alemania no es admitida la eficacia directa de los derechos fundamentales<sup>19</sup> mientras que en España sí se admite la misma<sup>20</sup>.

Al respecto, “en la doctrina alemana existe la convicción de que si se admitiera la eficacia directa de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, no solo se estaría desvirtuando el principio de respeto a la autonomía de la voluntad, auténtico pilar del Derecho Privado, sino que ello también acarrearía otra consecuencia negativa, que consistiría en convertir al juez ordinario en juez de los derechos fundamentales”<sup>21</sup>. Ambas objeciones también pueden ser aplicables a nuestro ordenamiento jurídico a fin de admitir una eficacia directa de los derechos fundamentales entre los privados. No debe olvidarse que los alcances de los mismos se encuentran condicionados por las propias concepciones personales ya

que “(b)ienanalizados, los derechos humanos no son simplemente derechos, es decir, estructuras jurídicas abstractas. Son, ante todo, posiciones frente al mundo, son formas de expresar una cosmovisión que nos une”<sup>22</sup>.

Quiero detenerme un momento en la primera objeción, en la vinculada a la afectación a la autonomía privada que dicha concepción implicaría.

a) Admitir una eficacia directa de los derechos fundamentales podría implicar que un sujeto privado se encuentra obligado no solo al respeto sino también a la promoción y/o protección de los derechos fundamentales de la otra parte, tal como si está obligado el Estado frente a los particulares en un Estado Social de Derecho<sup>23</sup>. No obstante aquello, y a efectos de facilitar la exposición debería admitirse que cuando se habla de dicho tipo de eficacia muy pocos están pensando en “ese” tipo de eficacia. Por ello, deberíamos admitir que nos encontramos solo frente a un problema del alcance del respeto de los derechos fundamentales entre las partes.

b) Ahora bien, además de lo anterior, debe ponerse de realce que en los casos de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares existen derechos fundamentales a cada lado de los polos de la relación, cosa que no sucede en la relación Estado-particular. En tal sentido, “frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una **colisión entre derechos**”<sup>24</sup>.

Aquello se deriva de la afirmación de que ningún derecho es ilimitado, lo cual implica, obviamente, la existencia de límites, por muy fundamentales que sean los derechos. Ahora bien, aceptado que existen límites, la dificultad surge al tratar de conciliar unos y otros derechos, planteándose el problema de si unos deben prevalecer sobre otros y en qué medidas y circunstancias; en definitiva, será necesario aplicar la denominada **doctrina de la balanza**<sup>25</sup>, con origen en la jurisprudencia estadounidense, y que postula el criterio

19 STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y Derecho Privado”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N° 66, 2002, pp. 66 y 67.

20 DE DOMINGO, Tomás. Ob. cit., p. 262; BALLARIN IRIBARREN, Javier. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8, N° 24, setiembre-diciembre, 1998, p. 283.

21 DE DOMINGO, Tomás. Ob. cit., pp. 255 y 256.

22 DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Los Derechos humanos: rondando la antinomia, en Pensando insolentemente, tres perspectivas académicas sobre el Derecho*. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, p. 229.

23 Aquello sin perjuicio de la existencia de lo que ha sido denominado los “derechos imposibles”, en palabras de Sagüés, “vale decir, derechos enunciados, proclamados o reconocidos por el Estado de derecho, pero que este se encuentra materialmente incapacitado para cumplir, habitualmente por carecer de los fondos económicos para hacerlo.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Estado social de derecho y ‘derechos imposibles’”. En: *Revista de Derecho*. Universidad de Piura, Volumen 6, año 2005, p. 159).

24 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. En: *Anuario de Derecho Civil*. N° 46, año 1993, p. 65.

25 “Estamos frente al denominado *balancing*, pauta interpretativa por la cual se efectúa un contrapeso entre los diferentes derechos fundamentales, (*balancing* en sentido amplio), o entre dichos derechos fundamentales y diversos bienes jurídicos constitucionalmente protegidos e incluso intereses involucrados en cada

de la razonabilidad en los litigios con intereses contrapuestos, evaluando y sopesando los valores sociales fundamentales que entran en conflicto.

Aquel conflicto se deriva además de la consideración, ya antes señalada, que los derechos fundamentales no son solo derechos subjetivos, sino que tienen una consideración de principios, y la colisión entre aquello no se resuelve entre la opción de aplicar o no aplicar el mismo, criterio aplicable a las reglas, sino en la aplicación mayor o menor del mismo. Tal como lo señala Alexy “(e)l punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los **principios** son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, **mandatos de optimización** que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada para su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas”<sup>26</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, “[l]a cuestión más difícil

de resolver consiste en determinar los efectos concretos que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales tiene sobre las relaciones entre particulares. Es decir, (...), la tarea que está por hacer estriba en señalar los criterios que permitan determinar en cada caso concreto si los poderes públicos han de intervenir en una relación entre dos particulares o han de abstenerse de hacerlo por exigencias, en ambos casos, de su vinculación a los derechos fundamentales”<sup>27</sup>.

- c) Ahora bien, dicho respeto no se manifiesta de la misma manera como se manifiesta el respeto que sí tiene que tener el Estado frente a todos los ciudadanos. En tal sentido, salvo medien determinadas consideraciones (discriminación, normas de protección al consumidor, normas sobre servicios públicos, normas sobre libre competencia, entre otras), los particulares se encuentran legitimados a realizar un trato diferenciado frente a los otros privados. Nadie puede obligarme a contratar con alguien que me cae mal o en quien no confío o a contratar solo con gente de determinada edad o determinada opción

política. No existe un derecho fundamental a que cierta persona sea admitida en determinado “círculo selecto”, en donde la posibilidad de “reserva del derecho” de admisión siempre está latente de manera legítima (obviamente salvo que represente un tema de fraude a la ley o similares).

La incidencia de los derechos fundamentales de los particulares frente a otro particular no es, ni debería ser, la misma que se manifiesta en aquellos casos en los que nos encontremos ante un poder estatal. Por ejemplo, son usuales las cláusulas de confidencialidad en los contratos en los que la información transmitida constituye un bien de suma importancia para las partes. Asimismo, ¿acaso no violento el derecho de libertad de expresión en aquellos casos en los que pacto una cláusula de confidencialidad con la contraparte? El derecho de libertad de expresión que se manifiesta como uno de los más importantes para el libre desarrollo de la personalidad<sup>28</sup> y el desarrollo democrático de un país. Aquel que no puede ser sometido a censura previa sino solo a responsabilidades posteriores<sup>29</sup>.

caso concreto (balancing en sentido amplio). (ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Libertad de información versus intimidad: notas sobre las técnicas para resolver los posibles conflictos existentes entre estos derechos y la estrategia procesal a seguirse en algunos de estos casos”. En: *Normas Legales*. Tomo 288, Lima, mayo 2000, p. A-92).

26 ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa*. N° 5, 1988, p. 143.

27 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. En: *Anuario de Derecho Civil*. N° 46, año 1993, p. 86.

28 La libertad de expresión ha sido recogida en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras y por cualquier medio de expresión”.

29 Tanto los tratados internacionales como la Constitución nacional reconocen a la libertad de expresión a todas las personas sin discriminación alguna, al tiempo que establecen taxativamente los límites que le pueden ser impuestos, pues no se trata de un derecho absoluto. Sin embargo, dichos límites no dependen del libre arbitrio de los gobiernos de turno, sino que forman parte del Estado de Derecho al que están sujetos tanto los ciudadanos como las autoridades.

Según los tratados internacionales, los límites mencionados no autorizan de ninguna manera la censura previa, sino que se traducen en responsabilidades ulteriores al ejercicio de la libertad de expresión, y siempre que sean necesarios para asegurar: a) el respeto a los derechos, la reputación y la libertad de los

O, por ejemplo, cláusulas en las que se establece de manera voluntaria la limitación de realizar determinadas conductas (cláusulas de no competencia) ¿no afectarían de manera directa al derecho a la libertad individual? Quizás sí, pero, ¿no es que una de las partes se sometió voluntariamente a aquello? Tal como se ha señalado las personas, “en el ejercicio de su autonomía individual, asumen voluntariamente limitaciones a sus derechos en función a otros intereses, y dichas limitaciones no solo son perfectamente ‘constitucionales’ sino que constituyen manifestaciones evidentes del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ámbito en el que el Estado no puede intervenir injustificadamente”<sup>30</sup>.

Aquí debe tomarse en cuenta lo dicho por el profesor Starck, al señalar que “(y) a antes Nipperdey expresó con claridad que la cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales no se puede responder con carácter general ni en un sentido ni en otro en relación con todos los derechos recogidos en la Ley Fundamental a partir de una determinada interpretación histórica; antes bien

debe partirse del contenido específico, de la esencia y de la función del derecho fundamental concreto, más exactamente de las proposiciones jurídicas particulares derivadas del derecho fundamental en nuestra comunidad actual. Esta visión del problema posibilita, aún con toda su inseguridad dogmática, el alcanzar una solución razonable en cada caso concreto”<sup>31</sup>.

- d) Finalmente, y de manera concluyente, creo que “(...), mediante el recurso inmediato a los derechos fundamentales amenaza con perderse la identidad del Derecho Privado, acuñada por la larga historia sobre la que descansa, en perjuicio de la adecuación a su propia materia de regulación y de su desarrollo ulterior, para lo cual depende de especiales circunstancias materiales que no cabe procesar sin más con criterios de derechos fundamentales. Aparte de ello, correría peligro el principio fundamental de nuestro Derecho Privado, la autonomía privada, si las personas en sus relaciones recíprocas no pudieran renunciar a las normas de derechos fundamentales que son indisponibles para la acción estatal”<sup>32</sup>.

Todos los ejemplos anteriores no hacen más que confirmar que la vinculación de los derechos fundamentales entre los privados tiene alcances muy diversos cuando no estamos ante una relación entre Estado y particular sino entre particulares. En conclusión, la polémica no estriba en negar eficacia a los derechos fundamentales, sino en comprender adecuadamente los alcances de estos.

Repasados algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, dicho órgano habría optado por la postura de la **eficacia directa o inmediata de los derechos fundamentales**, postura a la cual he realizado algunas objeciones en líneas anteriores.

Tal como se ha visto, para realizar lo anterior, no he tomado en cuenta el muchas veces usado argumento del “origen” de los derechos fundamentales. Dicho argumento señala que los derechos fundamentales surgen como reacción frente a los poderes del Estado y que solo dentro de dicho ámbito se justifica su eficacia. Aquello debido a que desde una vertiente contractualista, a la cual considero imperante y a la cual me adhiero, desde John Locke<sup>33</sup> hasta John Rawls<sup>34</sup>, “los derechos del hombre preexisten al Estado y este nace para su

demás; b) la protección de la seguridad nacional y el orden público a condición de que se encuentren realmente comprometidos; y, c) la protección de la salud o la moral públicas. Considerando de manera específica es ilustrativo lo que nos dice el artículo 13 inciso 2 del pacto de san José de Costa Rica, respecto a las libertades informativas: “2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente (–las libertades informativas, incluida la libertad de expresión–) no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:

a. El respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o

b. La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

30 ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. En: *Anuario de Derecho Civil*. N° 46, año 1993, p. 62.

31 STARCK, Christian. “Derechos Fundamentales y Derecho Privado”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N° 66, 2002, p. 68.

32 HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Editorial Civitas, Madrid, 1995, pp. 60-61.

33 LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno*. Alianza Editorial, Madrid, 1994.

34 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.

defensa, de suerte que aquellos se tienen, originalmente, frente a los demás hombres y solo derivativamente frente al Estado, que, por su parte, no solo debe reconocer los límites que los anteriores oponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos ‘terceros’, los particulares, su *Dritt-wirkung* es connatural<sup>35</sup>.

No obstante, lo que no debe negarse es que si asumimos el Derecho Privado como el derecho de los ciudadanos, “entendiendo la ciudadanía, no como la pertenencia a un Estado, sino como la síntesis de las libertades fundamentales y de las expectativas de servicios sociales esenciales. El Derecho Privado es el derecho de la igualdad, no solo en sentido formal, sino también en sentido sustancial.

De aquí se desprende el papel que juegan los valores de la persona en el control de los pactos privados; incluso en perjuicio del querer del interesado, la dignidad humana no puede ser amenazada o vilipendiada<sup>36</sup>.

Asimismo, más allá de las concepciones sobre los alcances de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados debe resaltarse la importancia de que dicho tópico se haya insertado en

el discurso de la autonomía privada y de sus límites, superando la fría concepción de la licitud como único parámetro para juzgar el actuar de los privados dejando de lado una visión netamente positivista del Derecho e insertando una vertiente axiológica en el discurso jurídico. Tal como se ha dicho:

“A través de las normas se intenta realizar un determinado modo de la vida común, se intenta establecer un determinado orden, pero una concepción normativa aislada, pura, a la manera del formalismo Kelseniano, si es imposible, y por lo tanto criticable, en cualquier campo del Derecho, lo es mucho más en este, donde, como hemos visto en el tema primero, es fundamental una concepción del mundo y de la vida, una ética, unos valores, que luego se formalizan y se cristalizan en normas jurídicas y en derechos subjetivos fundamentales<sup>37</sup>.”

### 3. Autonomía privada y Tribunal Constitucional

Había empezado este artículo señalando que la autonomía privada era un poder para crear normas jurídicas, sujeto a determinados límites. En mi opinión, el Tribunal Constitucional del Perú ha acogido la teoría normativa del negocio jurídico y la concepción de la autonomía privada como un poder normativo. En dicho sentido, la sentencia

más representativa de aquello es la STC Exp. N° 00047-2004-AI/TC, la cual se encarga de establecer las fuentes normativas en nuestro ordenamiento, colocando al “Contrato (autonomía de la voluntad)”, como una de aquellas, junto, pero no en la misma jerarquía, a las leyes, los tratados, entre otros.

A mayor abundamiento, señala en su fundamento 44 que “[l]a autonomía de la voluntad se refiere a la capacidad residual que permite a las personas regular sus intereses y relaciones coexistentes de conformidad con su propia voluntad. Es la expresión de la volición, tendente a la **creación de una norma jurídica con interés particular**” (énfasis nuestro). Asimismo, “la autonomía de la voluntad” como fuente de Derecho tendría su fundamento en el numeral 14 del artículo 2, el artículo 62 y el numeral 3 del artículo 28 de la Constitución.

Incluso, el Tribunal Constitucional se encarga de resaltar que “[a] nivel de la doctrina nacional como extranjera se ha resaltado la importancia del negocio jurídico como **fuerza generadora de normas jurídicas, admitiendo que la experiencia jurídica no solamente es regida por normas legales de carácter genérico, sino también por normas particulares e individualizadas**” (el énfasis es nuestro).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional, luego de hacer referencia a la tesis de la eficacia horizontal de

35 BALLARIN IRIBARREN, Javier. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La *Dritt-wirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8, N° 24, setiembre-diciembre, 1998, p. 286.

36 ALPA, Guido. “Las tareas actuales del Derecho Privado”. En: *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*. N° 6, Buenos Aires, 2009, p. 29.

37 PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 78.

los derechos fundamentales, señaló, en relación a las asociaciones, que “[l]a potestad normativa de las asociaciones se deriva y se sustenta en el derecho fundamental de asociación”<sup>38</sup>. Asimismo, señala que “[e]videntemente, dentro de ese mismo derecho de asociación o, dicho de otro modo, dentro de su contenido constitucionalmente protegido también se encuentra la facultad de que la asociación creada se dote de su propia organización, la cual se materializa a través del estatuto. Tal estatuto representa el *pactum associationis* de la institución creada por el acto asociativo y, como tal, vincula a todos los socios que pertenezcan a la institución social”<sup>39</sup>.

Aquella potestad normativa de la que habla el Tribunal Constitucional no es más que el poder normativo del que hemos hablado en el presente trabajo. La autonomía privada, entendida como el poder normativo de crear normas jurídicas, encuentra de tal modo un reconocimiento, en los términos propuestos en el presente trabajo, por el máximo intérprete de la Constitución. Incluso, pueden verse diversas sentencias en las cuales el Tribunal Constitucional ha realizado el “denominado” control concentrado de normas jurídicas privadas como son los estatutos.

Por ejemplo, en el caso Claudio Óscar Bernabé López contra la Hermandad de la Santísima Virgen del Carmen de Lima<sup>40</sup>, el TC

señaló en su parte considerativa que “[a]ún cuando la potestad normativa privada de la Asociación supone el ejercicio de un derecho fundamental, que viene a ser el derecho de asociación, ello no implica que las normas que proceden de ella se hallen exentas de un control de constitucionalidad, cuando resulten contrarias a derechos constitucionales. Por el contrario tal control resulta inexorable en virtud del efecto interprivatos de los derechos constitucionales”. Luego, prosigue señalando que el Tribunal Constitucional ha señalado en “reiterada jurisprudencia que la Constitución y con ella los derechos fundamentales, vinculan también las relaciones entre particulares. A tal conclusión conduce lo establecido en el artículo 38 de la Constitución. Esto significa que las normas estatutarias deben guardar conformidad con la Constitución y en particular con los derechos fundamentales. Tal exigencia se proyecta a todas las normas que provienen de particulares, v. gr. estatutos, reglamentos de estatutos, reglamentos empresariales, convenios colectivos, etc.”. Es así que, “[c]orolario de ello es que las normas privadas o particulares que sean contrarias a derechos constitucionales han de ser inaplicadas en ejercicio del control de inaplicabilidad al que habilita el artículo 138, segundo párrafo, de la Constitución. Todo ello claro está al margen del control abstracto de dichas normas, que habría de articularse en la vía correspondiente”<sup>41</sup>.

Tal como se aprecia de lo señalado con anterioridad, las normas jurídicas emanadas de los particulares, al ser **genuinas** normas jurídicas, pueden ser inaplicadas al caso concreto una vez que se determine su contrariedad a la Constitución en cumplimiento de lo señalado en el artículo 138 de la Constitución Política del Perú<sup>42</sup>. Todo lo anterior no hace más que reafirmar la posición asumida en el sentido de concebir a la autonomía privada como un poder para dictar normas jurídicas.

#### Referencias bibliográficas

- ALEXY, Robert. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En: *Doxa*, N° 5, 1988.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Autonomía privada y derechos fundamentales”. En: *Anuario de Derecho Civil*. Vol. 46, N° 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- ALPA, Guido. “Las tareas actuales del Derecho Privado”. En: *Revista del Colegio de Magistrados y Funcionarios de la Provincia de Buenos Aires*, N° 6, Buenos Aires, 2009.
- AYRES, Ian y GERTNER, Robert. “Cubriendo vacíos en contratos incompletos: una teoría económica sobre reglas supletorias”. En: *Themis*. N° 47, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2003.

38 STC Exp. N° 02868-2007-PA/TC.

39 STC Exp. N° 03312-2004-AA/TC.

40 STC Exp. N° 02868-2007-PA/TC.

41 En este caso, el control abstracto o la “vía correspondiente” es la pretensión de nulidad del “acto jurídico”.

42 **Constitución Política del Perú, artículo 138.-**

“En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior”.

- BALLARIN IRIBARREN, Javier. “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (La “Drittwirkung” en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8, N° 24, setiembre-diciembre de 1998.
- BETTI, Emilio. *Teoría General del negocio jurídico*. Comares, Granada, 2000.
- BETTI, Emilio. “Reflexiones sobre la noción del negocio jurídico”. En: *Teoría general del negocio jurídico. Estudios fundamentales*. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León, Ara, Lima, 2001.
- BIANCA, Massimo. *Diritto Civile III. Il Contratto*. Giuffrè, Milán, 1998.
- BIGLIAZZI GERI, Lina; BRECCIA, Umberto; BUSNELLI, Francesco D. y NATOLI, Ugo. *Derecho civil, Hechos y actos jurídicos*. Tomo I, Vol. 2, reimpresión de la primera edición, traducción de Fernando Hines-trosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro y PARDO FALCÓN, Javier. “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Nueva serie, Año XXXIII, N° 97, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, enero-abril de 2000.
- DE DOMINGO, Tomás. “El problema de la *drittwirkung* de los derechos fundamentales: una aproximación desde la Filosofía del Derecho”. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año 7, N° 11, 2002.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Los Derechos humanos: rondando la antinomia, en Pensando insolentemente, tres perspectivas académicas sobre el Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima.
- DONATO BUSNELLI, Francesco. “La carta europea de los derechos fundamentales y la autonomía privada”. En: *Revista de Derecho Privado*. N° 16, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Tesis para optar el grado académico de Doctor en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2002.
- ESPINOSA - SALDAÑA BARRERA, Eloy. “Libertad de información versus intimidad: notas sobre las técnicas para resolver los posibles conflictos existentes entre estos derechos y la estrategia procesal a seguirse en algunos de estos casos”. En: *Normas Legales: legislación, jurisprudencia y doctrina*. Tomo 288, Normas Legales, Trujillo, mayo de 2000.
- FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969.
- HABERLE, Peter. *La libertad fundamental en el Estado constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Civitas, Madrid, 1995.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil. Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno*. Alianza Editorial, Madrid, 1994.
- LOPEZ Y LOPEZ, Ángel M. “El Estado social y sujeto privado: Una reflexión finisecular”. En: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. N° 25, Giuffrè, Milán, 1996.
- PECES-BARBA, Gregorio. *Derechos fundamentales*. Latina Universitaria, Madrid, 1980.
- RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- SACCO, Rodolfo & CISIANO, Paola. “Il Fatto, L’atto, Il Negozio”. En: SACCO, Rodolfo (director). *Trattato di Diritto Civile*. UTET Giuridica, Turín, 2005.
- SAGÜÉS, Néstor Pedro. “Estado Social de Derecho y ‘derechos imposibles’”. En: *Revista de Derecho*. Vol. 6, Universidad de Piura, Piura, 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Teoría general del contrato*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.
- STARCK, Christian. “Derechos fundamentales y Derecho Privado”. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 22, N° 66, 2002.